

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO. INTERPRETACION DE UNA CLÁUSULA DE EXTENSION DE LA HIPOTECA: CORRESPONDE AL JUZGADOR DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1973).

Hechos.—En escritura de préstamo hipotecario otorgado por el Sindicato de Obligacionistas de la Sociedad «Resinas E. del N., S. A.», ésta, actuando en virtud de apoderado, garantizó el préstamo con hipoteca, que se hacía extensiva, según la estipulación octava de la escritura, «a todo cuanto señalan los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria», valorándose la finca, a efectos de la subasta, en 32 millones de pesetas.

El Sindicato de Obligacionistas ejecutó la hipoteca por el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, incluyéndose en la ejecución no sólo el terreno hipotecado, sino una serie de edificaciones, maquinaria, fábricas, un reactor y un atomizador existentes en el mismo, entendiéndose que a todo ello se extendía la hipoteca, por aplicación de la cláusula octava de la escritura.

La Sociedad, al amparo del artículo 132 de la Ley Hipotecaria, promueve juicio declarativo de mayor cuantía, suplicando se dicte sentencia declarando que es procedente la exclusión de los edificios, máquinas, etc., del procedimiento judicial sumario, a lo cual se opone el Sindicato, alegando la repetida estipulación de la escritura de hipoteca.

El Juzgado de Primera Instancia de Mondoñedo estimó la demanda, excluyendo de la ejecución hipotecaria los edificios, máquinas, etc., existentes en la finca; pero esta sentencia fue revocada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, que interpretó la estipulación octava en el sentido de que todos esos bienes quedaban comprendidos en la hipoteca.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la Sociedad demandante, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso, siendo de destacar lo siguiente:

«Considerando (tercero) que en el tercer motivo del recurso, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es donde se plantea, de forma procesalmente adecuada, el problema de la interpretación del contrato de constitución de hipoteca; pero no puede prosperar, en primer lugar, porque según una constante jurisprudencia de esta Sala, la interpretación de contratos que proclama la instancia debe prevalecer mientras no conduzca al absurdo, lo que no ocurre en este caso, porque no es errónea la interpretación que hace la Audiencia del artículo 1.281 del Código civil considerándolo no aplicable al caso de autos, ya que los términos del contrato, en cuanto a la referencia que hace a que 'la hipoteca se extenderá a todo cuanto señalan los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria', no conducen de forma indudable a la conclusión, que quiere el actor, de reducir la extensión de la hipoteca al mero solar sobre el que se había construido la factoría, sino que, por el contrario, actúa con acierto cuando, conforme a la técnica prescrita en los artículos 1.282, 1.284 y 1.285, que el motivo estima indebidamente aplicados, analiza los actos anteriores, simultáneos y posteriores, para llegar a la justa conclusión de que no deben ser excluidos del ámbito de los bienes hipotecados los que pretende excluir el actor, sobre todo cuando en el folio 110 de los autos obra certificación, expedida en legal forma por los órganos oportunos de la empresa actora, y para que surta efecto en el expediente incoado ante la Junta de Inversiones del Ministerio de Hacienda, 'para obtener la declaración de aptitud de las obligaciones emitidas por 'Renosa' para inversiones del Instituto Nacional de Previsión, Mutualidades Laborales y Cajas de Ahorro', en las que se dice: que la hipoteca 'se extiende a la finca descrita en el apartado IV del antecedente quinto de la escritura de emisión de obligaciones de fecha 23 de febrero de 1966'..., 'más todo cuanto señalan los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria', y agrega dicha certificación aclarando el concepto, 'o sea, a los bienes que a continuación se detallan con el importe efectivo con que figuran en la contabilidad de la empresa', y en la enumeración se insertan todos los que en la demanda la propia empresa trata de excluir; acto posterior a la constitución encaminado a lograr una suscripción de acciones que antes no se había conseguido, que a partir de entonces se logró y que no sólo lleva a confirmar el sentido, en cuanto a extensión, que la instancia da al contrato, sino que pone de relieve que el punto de vista contrario pudo ser defendido por un posible tercer acreedor-interesado en el residuo, pero carece de sentido al ser invocado por un deudor que, al fin, ha de responder de sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros.»

«Considerando (cuarto) que en el motivo cuarto del recurso se plantea una cuestión relativa a extralimitación del mandato representativo, que es totalmente nueva, por no haberse propuesto en debida forma en la postulación con la que se inició la litis y que, por tanto, no puede tener acceso a la casación, conforme al párrafo quinto del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

COMENTARIO.—Con motivo de la interpretación de la cláusula de una escritura de hipoteca en la que se indica que «se extenderá a todo cuanto señalan los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria», el Tribunal Supremo confirma la doctrina legal, consistente en que la interpretación de los contratos corresponde al Juzgador de instancia, no siendo susceptible de casación a no ser que aparezca claramente errónea y conduzca al absurdo, lo que no sucede en este caso, dados los términos de la cláusula y las pruebas aportadas.

Nada más hay que decir sobre la doctrina de esta sentencia, totalmente acertada. Pero aprovecharemos la ocasión para decir alguna cosa sobre la estipulación octava de la escritura de hipoteca, objeto principal del pleito. Aisladamente considerada, tal cláusula puede dar lugar a dos interpretaciones, como ocurrió en este caso:

Primera interpretación.—La de la sentencia de la Audiencia, confirmada por el Tribunal Supremo, que es la postura del ejecutante en el procedimiento judicial sumario: tal cláusula significa, en esta interpretación, que la hipoteca se extiende a todo lo que es mencionado, de una u otra forma, en los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria, es decir, no sólo a los objetos que éstos señalan como extensión natural de la hipoteca (sin necesidad de pacto expreso), sino incluso a aquellos bienes que se mencionan de forma negativa (como excluidos de la regla general de extensión de la hipoteca) en el número 1.º del artículo 110, es decir, la agregación de terrenos por acto de voluntad (no por accesión natural) y la nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere. Aunque estos dos supuestos se excluyen de la extensión de la hipoteca en la presunción del artículo 110 («se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato»), al haber una cláusula que dice que se extiende la hipoteca a todo lo que señalan dichos artículos, hay que entender que existe una «mención de todos esos objetos en el contrato» y, por tanto, no se da ya la exclusión de esos dos grupos de bienes que prevé el artículo 110. Un argumento en favor de esta interpretación es el artículo 1.284 del Código civil: las cláusulas han de interpretarse en el sentido más adecuado para que produzcan efecto; si no se entendiera de esa forma que se acaba de exponer, la estipulación octava de la escritura sería inútil, pues no añadiría nada a la regulación de los artículos 109, 110 y 111. Otro argumento lo constituye la propia redacción de la cláusula: «La hipoteca se extenderá a *todo cuanto señalan* los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria.» No se trata de una remisión a lo que disponen dichos artículos, es decir, al criterio legal de exclusión o inclusión de bienes en la hipoteca, sino que es una remisión exclusivamente a los bienes enumerados en tales artículos, ya sean de los que se incluyen naturalmente en la hipoteca, ya de los que exigen pacto expreso (edificios). No obstante, estos argumentos no son concluyentes, sino muy discutibles.

Segunda interpretación.—Es la que mantuvo el Juzgado de Primera Instancia, de acuerdo con la Sociedad demandante dueña de la finca hipotecada, y consiste en entender que la estipulación octava contiene una mera referencia o remisión a las normas legales contenidas en dichos artículos, no siendo, por tanto, un pacto expreso de extensión de la hipoteca a los edificios. La consecuencia de esta interpretación es que tales artículos han de ser aplicados como si no existiera ninguna estipulación, pues el contenido de esta se remite a lo dispuesto en la ley.

Nosotros creemos que en la práctica suele haber elementos suficientes dentro de la propia escritura para llegar a una u otra interpretación. Lo normal es que exista una cláusula de remisión al artículo 110 de la L. H. completada con otra cláusula en la que se precisa la extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones. Lo cual significa que con la cita del artículo 110 sólo se pretende una mera remisión a lo dispuesto en el artículo 110, que se completa, aparte, señalando la extensión de la hipoteca a los edificios.

Lo que sí se debe advertir es que la estipulación indicada ha dado lugar a una discusión en un procedimiento judicial, habiéndose tenido que utilizar para resolverla medios de interpretación extrínsecos a la escritura, produciéndose el consiguiente retraso en la tramitación del procedimiento judicial sumario. Puestas así las cosas, cabe plantear como cues-

tión aparte, la de si el Registrador de la Propiedad, que está al frente de una «institución», una de cuyas finalidades primordiales es evitar la vía contenciosa y futuros pleitos (ya lo dijo la Pragmática de 1539, «que se excusarían muchos pleitos»), debe suspender la inscripción de una cláusula como la que estamos apuntando, por estimar que su sentido no es muy preciso y que da lugar a varias interpretaciones, vulnerando la fijeza exigida por el principio de especialidad.

Nosotros creemos que el Registrador tiene facultades para apreciar la claridad o imprecisión de una cláusula de ese tipo. Si después de examinado totalmente el documento entiende que existen algunas sombras que oscurecen el sentido de las estipulaciones de la escritura debe suspender la inscripción, sin perjuicio de admitir como medio fácil de subsanación el procedimiento de instancia privada (con firmas legitimadas notarialmente o ratificadas en presencia del Registrador), a que se refiere el artículo 110 del Reglamento Hipotecario, que quedará archivada en el Registro y que formará parte del título inscrito. Dicha instancia no sólo es perfectamente admisible desde la perspectiva meramente registral del procedimiento (por preverlo así el citado art. 110 del R. H.), sino que, además, ofrece un claro fundamento desde el punto de vista del Derecho civil, pues da lugar a un acto posterior a la hipoteca, de eficacia interpretativa ésta (art. 1.282 del Código civil). Este procedimiento de subsanación reúne las condiciones de ser muy sencillo y también fundamentado, evitándose futuros pleitos, con lo que el Registrador, al inscribir la hipoteca, quedará convencido de que ha cumplido una de sus principales funciones, la de prevenir ulteriores conflictos litigiosos.

No obstante, ya hemos dicho que en la práctica las escrituras suelen ofrecer en conjunto datos suficientes para llegar a una interpretación indiscutible de la cláusula en cuestión, y en tal caso, no habrá que suspender la inscripción.

II. DERECHOS REALES

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS. CONSENTIMIENTO PRESUNTO. ARTICULO 1.253 DEL CODIGO CIVIL. PRESUNCION DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA EN CUANTO A ELEMENTOS DE HECHO (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1973).

Hechos.—Doña Maximina S. S. deduce demanda contra don Dionisio P. P., sobre acción negatoria de servidumbre, suplicando se dicte sentencia declarando que las ventanas abiertas en la fachada oeste de la casa del demandado, que linda con la finca de la actora, son de las denominadas de tolerancia, y que al no existir dos metros de distancia, por lo menos, desde el muro de dicha casa hasta la finca de la actora, el demandado deberá cerrarlas, por tratarse de luces y vistas con las que no está gravada la finca de la parte demandante. Se suplica también que se condene a don Dionisio a que suprima una chimenea que sobresalía en exceso, a que retire una tubería de desagüe y a que realice las obras necesarias en un balcón lateral abierto a menos de 60 centímetros de distancia para que no constituya una servidumbre.

El Juzgado de Primera Instancia de Santoña estimó la demanda, pero esta sentencia fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que partiendo del hecho de la amistad entre las partes ahora litigantes y de que el marido de la actora era concejal, que votó a favor de la concesión de licencia municipal respecto a la obra que

realizaba el demandado, presume el consentimiento de la parte actora respecto a la apertura de tales ventanas, y como en la inscripción registral de declaración de obra nueva figura que la casa del demandado linda por todos los vientos con más terreno de la finca en que está construida y no con la finca de la actora, como ésta afirma en su demanda, se produce una presunción tabular, que ampara esta descripción, conforme al artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y en base a todo ello dicta sentencia desestimando la demanda y absolviendo de la misma al demandado.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que en la sentencia recurrida el argumento principal es el consentimiento de las obras por parte del recurrente, causa del carácter preferente que ha de concederse al motivo segundo, pues al ser éste desestimado, los restantes ceden ante él, resultando acertada, en principio, la vía para combatirlo, por el carácter de ‘presunción’ que ofrece, aunque en el desarrollo del motivo se incida en la falta de formalización, que en seguida se expresará.»

«Considerando que en materia de presunciones, el cauce para combatir las apreciaciones de la Sala sentenciadora son dos: 1.º) Combatir los ‘hechos’ en que se asienta la misma, por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando la infracción, por el concepto que sea, del artículo 1.249 del Código civil, en cuyo caso se empleará el motivo apto para refutar los hechos que en la sentencia se declaren como ‘completamente probados’ sin estarlo en realidad. 2.º) Atacando el cauce jurídico de la presunción, por faltar en la misma el requisito de que entre el hecho probado y aquel que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, que se exige en el artículo 1.253. Se trata de dos motivos perfectamente diferentes, que requieren su formalización por cauces distintos, lo que encuentra su apoyo en el párrafo segundo del artículo 1.720 de la Ley procesal, expresivo de que si ‘fueren dos o más los fundamentos o motivos del recurso, se expresarán en párrafos separados y numerados’.»

«Considerando que el motivo segundo empieza con la aseveración de que la sentencia recurrida ha incidido en ‘violación del artículo 1.253 del Código civil, en relación con el 1.249’, y ello bajo la rúbrica de que se acciona con arreglo al número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal; ello supone la duda de si en el motivo se alega también la infracción del artículo 1.249, pero esta duda se desvanece ante el párrafo final de este motivo del recurso, en que se dice, ‘por consiguiente’, ni el hecho del que debe deducirse la presunción está completamente acreditado, porque, por lo dicho en el motivo anterior, al dar un valor que no tiene al documento de obra nueva, se incurre en violación de lo dispuesto en el artículo 1.218 del Código civil, al admitir frente a tercero la simple manifestación unilateral del demandado respecto a la situación de la obra realizada, con lo que, a su vez, se viola el artículo 1.249, también alegado en dicho motivo, sino porque en relación con los hechos estimados como probados y las deducciones que se contienen en la sentencia, no se guarda el enlace preciso y directo del lógico raciocinio humano, y ello aparte de que el artículo 1.249 del Código civil no se menciona para nada en el motivo anterior, que se circunscribe al artículo 1.218, con lo que la violación de los artículos 1.249 y 1.253 de tal ordenamiento legislativo se ofrecen en un solo motivo, determinando que por falta de precisión y claridad haya que estimar el motivo incurso en el artículo 1.729, párrafo cuarto, de la Ley procesal, que debe obrar como causa de inadmisión, que en este trámite opera la desestimación del mismo.»

«Considerando que, por otra parte, es de ver que la presunción no arranca de que en el motivo anterior se haya denunciado la violación del artículo 1.218 del Código civil, sino de otros dos hechos, cuales son: 1.º) Que entre la familia del hoy demandante y la del demandado existía una íntima relación, hasta el punto de albergar en casa de la actora a la segunda y operarios mientras durasen las obras y guardar los materiales de ellas en un lugar, propiedad de dicha actora, a poca distancia de la misma casa. 2.º) Que el marido de la demandada, concejal a la sazón, prestó como tal su voto favorable a la realización de la obra, y estos hechos, impugnados vacilantemente en el recurso, obligan a estimar, en su significado normal y corriente, como prueba de tal consentimiento, por vía de presunción, si los defectos formales del recurso no vedaran entrar en el examen del mismo.»

«Considerando que los demás motivos en que el recurso se apoya no ofrecen cuestiones que requieran especial interés, y así: A) En el motivo primero, se alega la violación del artículo 1.218 del Código civil, en relación con los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento, por estimar 'como único elemento probatorio o, cuando menos, preponderante, al individualizar la prueba', la atención que se presta a la escritura de obra nueva, por exceder de lo que obliga a estimar como probado el artículo citado del Código civil, puesto que se admite que ello fue el elemento preponderante al fijar este hecho, con lo que no se excluye la de otros elementos probatorios que fueron practicados en el curso de la litis. B) En el motivo tercero se alega la aplicación indebida del artículo 38 de la Ley Hipotecaria; este precepto establece una 'presunción', que la Sala respetó, al no existir en los autos nada que la contrariase. C) En el motivo último se aduce la infracción del artículo 348 del Código civil, en relación con el principio de derecho de que la propiedad se reputa libre mientras no se pruebe lo contrario; este motivo es por sí desestimable, al no contener referencia a la jurisprudencia que acoja ese postulado, y al existir prueba, que la Sala ha acogido en el caso de autos; ello aparte de que desvanec la duda de que sólo podría ser aplicado al litigante 'recurrido', al quedar desestimados los otros motivos del recurso.»

«Considerando que, por todo lo dicho, procede la desestimación plena del recurso, con los pronunciamientos accesorios, que determina el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable al caso.»

COMENTARIO.—Dos puntos principales sugiere el comentario de esta sentencia: por un lado, la apreciación del consentimiento presunto y, por otro, la presunción legitimadora de la inscripción en cuanto a datos descriptivos o de hecho.

a) *El problema del consentimiento deducido por presunción.*—Para valorar las consideraciones que hace esta sentencia sobre el tema central de si se prestó consentimiento para la apertura de unas ventanas en el edificio contiguo hay que precisar la *ratio decidendi* del fallo.

El Tribunal Supremo desestima el recurso por cuestiones de forma: la sentencia se fija fundamentalmente en los defectos de formalización del recurso por no separar debidamente los dos aspectos en materia de presunciones. La precisión y claridad necesarias en este recurso de casación exigen separar el aspecto fáctico de la presunción (los hechos en que se asienta) y el aspecto jurídico de la misma (el nexo o enlace entre el hecho probado y aquel que se trata de deducir), cosa que no hizo el recurrente.

La presente sentencia se muestra muy rigurosa en este punto, lo cual puede justificarse quizá teniendo en cuenta que el recurso de casación no equivale a una tercera instancia, sino que es de carácter excepcional, por lo que se exige para la estimación una completa «precisión y claridad» en la exposición de los motivos.

Por tanto, hay que centrarse en este aspecto formal a la hora de pretender deducir la *ratio decidendi* de la sentencia. Las observaciones que se hacen en el considerando cuarto, relativas a que «los hechos» (la amistad entre los interesados y el voto favorable a las obras como concejal) «obligan a estimar, en su significado normal y corriente, como prueba de tal consentimiento, por vía de presunción», han de considerarse como un mero *obiter dictum*, sin valor alguno, a efectos de su alegación como doctrina legal, ya que después de aquellas frases se añade: «Si los defectos formales del recurso no vedaran entrar en el examen del mismo» (del motivo del recurso).

A pesar de tratarse de un claro *obiter dictum*, sin valor alguno, hay que decir que tal como está planteado el caso merece una fuerte crítica, pues resulta duro y exagerado deducir el CONSENTIMIENTO respecto a la apertura de unas ventanas y otros extremos (signos de servidumbre) (1) de unos hechos que por sí mismos no dicen nada relacionado con tal consentimiento. En esta cuestión suscribimos íntegramente la exposición crítica del recurrente en cuanto a dicha presunción de consentimiento. En el motivo tercero del recurso se lee: «No existe, pues, el rigor lógico en el enlace de los hechos estimados como probados y la deducción que de ellos se obtiene, porque del hecho de la amistad no puede deducirse sin más la aceptación del establecimiento de un gravamen, y del hecho del conocimiento no se desprende por sí solo la prestación del consentimiento. Se completa la lógica crítica a la sentencia, en cuanto al hecho que se señala, el que el esposo de la recurrente, como concejal, votó favorablemente la concesión de la correspondiente licencia de obras, ya que de este hecho tampoco puede deducirse la prestación del consentimiento, pues si actuaba como concejal habrá que dar a su acto el alcance y trascendencia de tal, y sabido es que la concesión de tales licencias 'se entenderá otorgada salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero', según el artículo 12, 1, del Decreto de 17 de junio de 1955, que aprueba el Reglamento de Obras y Servicios Municipales, por lo que de ello tampoco se puede deducir el consentimiento del establecimiento de una servidumbre a la propiedad del terreno en favor del demandado.»

Por todo ello concluimos diciendo que lo mejor es olvidar definitivamente este *obiter dictum*.

b) *La presunción legitimadora de los asientos del Registro y los datos descriptivos o elementos de hecho.*—Hay un aspecto en el caso y en la sentencia que ofrece cierto interés en relación con el principio de legitimación registral, pues recuerda el valor de los asientos del Registro de la Propiedad a efectos de presunción de existencia de elementos descriptivos o de hecho. En el presente caso, la Audiencia aplicó la presunción *iuris tantum* del artículo 38 de la Ley Hipotecaria para negar que existiera colindancia entre el edificio en que se abrieron las ventanas y el terreno del demandante, pues en la inscripción registral de declaración de obra nueva se leía que la casa construida lindaba por todos los aires con el terreno de la propia finca, lo cual excluye la colindancia del edificio con el terreno contiguo. Por tanto, se da valor a los asientos del Registro respecto al dato, de hecho, de estar construida una obra nueva dentro de la propia finca sin lindar por ningún lado con terreno ajeno. Frente a esta valoración de la Audiencia, el actor recurrente alega que «la misma inscripción carece de la fuerza suficiente por sí para asentar una afirmación

(1) Por cierto que aquí se plantea únicamente el aspecto *positivo* de la servidumbre de vistas, que el demandante pretende neutralizar ejercitando la *acción negatoria de servidumbre*. Esto significa que dicha servidumbre tiene un indudable aspecto positivo (apertura de ventanas y posibilidad de mirar por ellas hacia el fundo ajeno a menos de dos metros) y no sólo negativo (prohibición de edificar). En relación con nuestra opinión (teoría mixta del doble contenido de la servidumbre de vistas, positivo y negativo), véase la nota 28 en la página 1552 del número 499 de esta Revista.

como es la de que la fachada oeste dista de la finca contigua en la extensión necesaria para la apertura de ventanas con vistas rectas sobre el fundo contiguo, aunque se admitiera que a la casa la rodea terreno perteneciente a la finca propiedad del demandado». Con esta declaración, el recurrente está desorbitando la cuestión, a nuestro modo de ver. Lo que resulta de la inscripción registral es sólo que el edificio construido no linda por ningún lado con la finca del actor, sino con terreno propio. Efectivamente, lo que no dice la inscripción es qué distancia existe desde la pared del edificio hasta el punto en que termina el terreno propio y comienza el ajeno; pero es que la prueba de que existían menos de dos metros de distancia correspondía al actor, y éste en su demanda se limita a decir que el edificio linda por el oeste con la finca de su propiedad, lo cual contradice la inscripción registral. Y como en el pleito no hubo ninguna prueba definitiva en esa cuestión, debe prevalecer el contenido fáctico del asiento registral.

El Tribunal Supremo desestima también este motivo diciendo escuetamente que «se alega la aplicación indebida del artículo 38 de la Ley Hipotecaria; este precepto establece una presunción que la Sala respetó, al no existir en los autos nada que la contrariase». Con esta apreciación, la sentencia viene a reconocer que la presunción derivada del principio de legitimación se refiere también a los datos de hecho, pues estima que no ha sido aplicado indebidamente. Tal declaración no resulta tan expresiva e importante como en otras sentencias, dada la *ratio decidendi* fundamental contenida en anteriores «considerandos»; pero, en cualquier caso, es un indicio interesante en esta materia, que está en la línea iniciada por la sentencia de 21 de marzo de 1953.

Por tanto, en casos como éste, de imprecisión de lindes entre las fincas, desempeña un gran papel la presunción legitimadora del Registro referida a datos descriptivos. Incluso, como ocurre aquí, cuando la inscripción tiene su base en una declaración meramente unilateral (como es la de haberse producido una obra nueva). Pero es que precisamente aquí cabe apreciar la diferencia existente entre la fuerza de la escritura antes y después de haberse producido la inscripción registral: antes, la escritura sólo «hace prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste»; después de la inscripción, ésta hace que se produzca el efecto legitimador que hemos destacado.

TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITOS DE LA ACCION REIVINDICATORIA. PODER IRREVOCABLE: SU CAUSA. EL EMBARGANTE QUE ANOTA NO ES TERCERO HIPOTECARIO (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1973).

Hechos.—En los autos ejecutivos seguidos por don Benito M. M. contra don Miguel M. R., promovieron demanda de tercería de dominio contra ambos don Jaime, don Luis y don Joaquín, alegando sustancialmente ser dueños de la finca embargada, que aparecía inscrita a nombre del embargado, don Miguel, por haberla adquirido los demandantes de este último señor en virtud de poder irrevocable y especialísimo derivado de contratos y tratos entre mandante y mandatarios, habiendo realizado posteriormente los mismos, en base al citado poder irrevocable, la venta de una serie de parcelas de la finca embargada a diferentes personas, que no eran parte en el juicio, por medio de documentos privados, que se aportaban.

El demandado, don Benito, se opone a la demanda alegando que el pacto de irrevocabilidad es ineficaz si el otorgamiento del poder encubre una causa ilícita, estando, además, prohibida la adquisición de las fincas por los propios mandatarios, según se desprendía del número 2 del artículo 1.459 del Código civil.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Barcelona dictó sentencia declarando no haber lugar a la tercera de dominio; pero esta sentencia fue revocada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que estimó totalmente la demanda de tercera.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada, destacando el considerando primero, que dice así:

«Considerando que declarado por el Tribunal *a quo* que la finca señalada en los hechos de la demanda rectora de la tercera de dominio es de la propiedad en común y proindiviso de los demandantes, al concurrir los requisitos esenciales de título de propiedad o justificación del dominio, mediante un sistema de medios de prueba que invoque el que ejercita la acción reivindicatoria, la identidad de las cosas que se reclaman en virtud de aquel título con las que fueron objeto de embargo, y el hecho de éste, equivalente a la posesión de las cosas reivindicadas sin razón legal suficiente para ella, los cuatro primeros motivos del presente recurso que impugnan la existencia del título de propiedad son desestimables: el primero de ellos por ampararlo en la vía improcedente del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el segundo, correctamente formulado procesalmente, por no ser aplicables los artículos 32 y 38 de la vigente Ley Hipotecaria al supuesto litigioso, porque, como acertadamente declara la Sala de Instancia, la anotación preventiva no da al embargante el carácter de tercero contra el que intenta justificar el dominio de aquélla, estableciendo la sentencia de 12 de junio de 1904, citada por la actora, que de ningún precepto de la Ley Hipotecaria se puede derivar conclusión contraria a dicho principio sólo por el hecho de figurar en el Registro a nombre del deudor una finca que no le pertenece, ni mucho menos cuando la inscripción de la anotación de embargo se hizo después que la finca no le perteneciera; el tercero, porque el que la venta se otorgase en documentos privados y el vendedor concediera poderes irrevocables a los compradores, hoy recurridos, 'ahorrando con ello una transmisión en la venta de parcelas de la finca en cuestión', según declara la sentencia recurrida, no envuelve la causa ilícita, sancionada por el artículo 1.275 del Código civil, sin perjuicio de la sanción fiscal a que, en su caso, hubiera lugar, y el cuarto, ya que en dicho poder irrevocable se establece que el objeto del mismo es derivado de tratos entre mandante y apoderados, por lo que no concurren los requisitos establecidos en el número 4 (2) del artículo 1.459 del Código civil, pudiendo ser sólo objeto de interpretación estricta y nunca extensiva, por aplicación del principio de Derecho *odiosa sunt restringenda*, como proclama, entre otras, la sentencia de esta Sala de 22 de febrero de 1958, pues los adquirentes abonaron efectivamente el precio de la finca al anterior dueño, que decía intervenir como mandante del señor Molina, por lo que eran dueños y no apoderados, lo que lleva a la consideración de la inexistencia de causa en el apoderamiento, y de la subsistencia de otra causa verdadera y lícita en el subyacente negocio de compraventa.»

COMENTARIO.—Aunque en el caso examinado aparece como figura central un «poder irrevocable», en esta ocasión lo que se plantea no es la cuestión de si es o no admisible la irrevocabilidad (3), sino el problema de la causa de dicho poder, con objeto de apreciar si el mismo existió o fue simulado y, desde otro punto de vista, si existió o no ilicitud de la causa.

(2) Evidentemente, el Tribunal Supremo ha querido referirse al número 2.º del artículo 1.459 del Código civil, pues el número 4.º se refiere a otro caso.

(3) Sobre esto véase LA CÁMARA, en *Anales de la A. M. N.*, tomo IV: *La revocación del mandato y del poder*.

Desde esta perspectiva, el Tribunal Supremo mantiene lo siguiente:

1.º Que en este caso no existe una causa del negocio de apoderamiento.
 2.º Que no puede hablarse de una causa ilícita del negocio de apoderamiento, aunque su finalidad fuera eludir el Impuesto de Transmisiones, pues ello no envuelve la causa ilícita sancionada en el artículo 1.275 del Código civil.

3.º Que no es aplicable al caso el número 2 del artículo 1.459 del Código. Un breve comentario de cada una de estas ideas:

1.ª *Acerca de la causa o falta de causa del supuesto poder.*—Como en el poder irrevocable se establecía que el objeto del mismo era derivado de tratos entre mandante y apoderados, y esos tratos resultaron ser unos contratos privados, por los que los supuestos apoderados adquirieron la finca en propiedad, abonando efectivamente el precio al anterior dueño, que decía intervenir como mandante, el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que eran dueños y no apoderados, «lo que lleva a la consideración de la inexistencia de causa en el apoderamiento, y de la subsistencia de otra causa verdadera y lícita en el subyacente negocio de compraventa».

Todo esto muestra que se parte de un carácter causal y no abstracto del negocio de apoderamiento, pues para una concepción abstracta no interesa plantearse el problema de la causa del negocio de apoderamiento y, en cambio, el Tribunal Supremo se lo plantea, aunque sea para deducir en el caso la inexistencia de causa de dicho poder.

Se confirma así la concepción causal de LA CÁMARA y DE CASTRO.

LA CÁMARA, a propósito de esta cuestión, dice que «el poder de representación se concede por algún motivo y para conseguir alguna finalidad. Este motivo y esta finalidad se descubren investigando cuál es la relación jurídica (ya formada o en formación) que le sirve de soporte, y es más, creemos que aunque el poder y el negocio de apoderamiento son categorías conceptuales perfectamente separables de la relación básica en que se apoyan, la trascendencia de ésta sobre aquéllos es indudable». Más adelante añade: «Es también cierto que el apoderamiento por sí no crea más que una relación formal entre representante y representado, engendrando una posición jurídica exterior (legitimación) del último frente a terceras personas. Pero de todo esto, sin embargo, sólo es lícito deducir, a nuestro juicio, que puede cambiar y aun extinguirse, la relación causal básica, subsistiendo, aunque sólo sea por apariencia, el poder, pero no que éste tenga necesariamente que construirse como negocio abstracto, y menos aún, que la posibilidad o imposibilidad de eliminar la legitimación que ostente el apoderado no dependa de la relación causal» (4).

DE CASTRO, en la misma línea, dice: «En relación al poder hay que separar claramente dos cuestiones a menudo confundidas, la de la independencia conceptual del poder y la de la abstracción negocial del mismo.» «La repulsa del carácter abstracto del poder se fundamenta en que la abstracción negocial repugna al sistema general del Código civil y en que no existe una sola disposición en que pueda basarse la existencia de tal carácter.» «El poder no hay razón alguna para concebirlo como una rueda loca, cuando puede funcionar en conexión con el motor que le pone en movimiento (negocio causal) y con el resultado para el que se le ha empleado (negocio con el tercero)» (5).

La presente sentencia, al declarar la inexistencia de la causa del poder, refuerza la opinión de estos autores.

2.ª *El problema de la ilicitud de la causa del poder.*—Si en vez de declarar la inexistencia de causa, el Tribunal Supremo hubiera declarado la

(4) *Ob. cit.*, págs. 635 a 637.

(5) *Temas de Derecho Civil*, año 1972, págs. 121 y 122.

ilicitud de la misma, se habría llegado a distinta conclusión: la falta de causa del poder no impide la eficacia del subyacente negocio de compraventa; en cambio, la declaración de ilicitud de la causa determinaría la nulidad de tal negocio subyacente. Esto último es lo que pretendía el recurrente; pero el Tribunal Supremo no sigue ese camino, según hemos visto. Dicho recurrente pretende fundar la ilicitud de la causa del poder en que éste se había otorgado con el único fin de ocultar al Fisco una verdadera transmisión patrimonial. La presente sentencia sale al paso de esta calificación diciendo que tal fraude fiscal «no envuelve la causa ilícita, sancionada por el artículo 1.275 del Código civil, sin perjuicio de la sanción fiscal a que, en su caso, hubiera lugar».

Creemos que tiene razón el Tribunal Supremo. El artículo 1.275 del Código dice que «es ilícita la causa cuando va contra las leyes o contra la moral». Pues bien, en relación con la contravención a las leyes, hay que tener en cuenta que no será aplicable tal artículo cuando la ley en cuestión establezca una sanción distinta de la nulidad del acto, y ello es lo que ocurre precisamente respecto al fraude fiscal: que tiene una serie de sanciones que presuponen la validez del acto. En este sentido interpreta la doctrina el artículo 4 del Código civil, que hay que relacionar en este caso con el citado artículo 1.275. Así, FEDERICO DE CASTRO, al tratar del problema de la causa ilícita dice que «habrá que salvar (de la nulidad) aquellos casos en que la ley misma, por la razón que sea, ordene expresa o tácitamente la validez del negocio (art. 4)», y que «los Tribunales han tenido que distinguir las reglas cuya contradicción origina la ilicitud de la causa. Así, la ilicitud por oponerse a la ley se entiende referida a las normas imperativas de carácter sustantivo, y no a las de alcance meramente administrativo, gremial o fiscal» (6).

Y lo mismo hay que decir en relación con la contravención a la «moral», pues no puede pensarse que el fraude fiscal va contra la «moral», en el sentido del artículo 1.275 del Código, ya que éste más bien hace referencia al plano civil (7).

3.ª *Inaplicación del artículo 1.459, 2, del Código civil.*—Este precepto prohíbe a los mandatarios comprar «los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados». La presente sentencia entiende que no es aplicable este artículo al caso planteado, por no concurrir los requisitos del mismo, que, además, ha de ser objeto de interpretación estricta y nunca extensiva, conforme al principio de Derecho *odiosa sunt restringenda*. Por tanto, no cabe en este caso declarar la nulidad de la adquisición realizada por los apoderados.

Consideramos igualmente acertada esta idea de excluir la aplicación del artículo 1.459, número 2. Por un lado, el Tribunal Supremo, en relación con otros casos, ya había declarado inaplicable dicho precepto, por ser de interpretación estricta: así, la sentencia de 22 de febrero de 1958 («caso del buque NARANCO»: la Naviera Angel Alvarez no era mandataria, sino copartícipe del buque) (8); la sentencia de 27 de mayo de 1959 («caso de la finca SAUCERA SEGUNDA»: en un supuesto de doble venta, no es nula la primera venta que hizo el mandante al mandatario, pues ella suponía la extinción del mandato (art. 1.735)) (9); la sentencia de 3 de mayo de 1960 (el gestor de la asociación de cuentas en participación no entra en la prohibición del número 2 del artículo 1.459, pues no es mandatario, y «las prohibiciones, como la de dicho artículo relativo a la compraventa, no son susceptibles de interpretación analógica») (10).

Por otro lado, efectivamente, no se cumplen los requisitos de dicho

(6) *El Negocio Jurídico*, págs. 245 y 247.

(7) *Ob. cit.* en la nota 5, págs. 245 y 246.

(8) Véase esta sentencia en *Jurisprudencia Civil*, tomo LXVI, febrero de 1958, pág. 881.

(9) *Jurisprudencia Civil*, pág. 808, mayo 1959.

(10) Puede verse esta sentencia en *Aranzadi*, año 1960, pág. 1103.

apartado en el presente caso, pues «los tratos y contratos» a que hacía referencia el poder eran unos documentos privados de compraventa, que desnaturalizaban el apoderamiento, por lo que no se trataba de verdaderos mandatarios, sino de compradores. Obsérvese que el artículo se refiere a los «mandatarios» que compran los bienes de los que están encargados, pero no a los que habían comprado los bienes antes de recibir el poder, pues en tal caso ya no son mandatarios, sino compradores, como hemos dicho. Aparte de que la idea que preside dicho precepto es la de evitar el peligro de la autocontratación, cosa que no se daba en el caso, ya que los «supuestos apoderados» eran los que habían comprado al poderdante.

COMUNIDAD DE DERECHOS DE TOMA DE AGUA DE UNA CAÑERÍA COMUN. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE CADA CONDUÑO EN DEFENSA DE SU RESPECTIVO DERECHO (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1973).

Hechos.—La Sociedad Regular Colectiva «R. e Hijos» formuló juicio declarativo de menor cuantía contra don José Antonio G. I., estableciendo, en síntesis, como hechos: 1.º) Que existe una comunidad de varios vecinos (entre los que se encuentran la Sociedad actora y el demandado) sobre una cañería común de todos ellos que empalma con la conducción general de la villa de Deva, de la cual toma sus aguas. 2.º) Que la comunidad de propietarios de dicha tubería se rige por un contrato y tiene unos Estatutos que han constituido la ley de la comunidad a lo largo de su existencia, declarándose en la condición tercera de dicho contrato que «para la cesión de una nueva toma o la cesión de una toma a persona o entidad tercera se necesitan los votos de todos los socios». 3.º) Que el demandado, don José Antonio G. I., al adquirir una vivienda de uno de los socios, la derribó y construyó en su lugar un bloque de 58 viviendas, y para resolver el problema del agua de dichas viviendas había efectuado una nueva toma de aguas sin el permiso de la comunidad, la cual toma supone una considerable merma de agua del caudal común.

El demandado opuso la excepción dilatoria de falta de personalidad de la actora, por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio.

El Juzgado de Primera Instancia de Vergara dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso, destacando, como más significativo, el «considerando» segundo, que dice así:

«Considerando que idéntico pronunciamiento desestimatorio procede adoptar respecto a los motivos segundo y tercero, ambos fundados en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque el hecho de que la condición cuarta de los Estatutos por los que se rige la comunidad, del artículo 392 del Código civil, existente sobre la tubería de aguas particular en cuestión, se refiera a la elección de una comisión de dos o tres socios para la administración de la sociedad, y exprese 'que esta comisión representa a la sociedad ante el Ayuntamiento de Deva y los Tribunales, si hubiere caso', no es impeditiva de que cada conduño pueda ejercitar las acciones pertinentes, en defensa del derecho que le asiste, para impugnar los actos que realice otro de los conduños contraviniendo lo convenido en la condición tercera de dichos Estatutos, que exige los votos de todos los socios y, en su caso, de lo dispuesto en los

artículos 394 y 397 del Código sustantivo, ya que, de otra suerte, aquel derecho resultaría ilusorio en el caso de pasividad de la mencionada comisión.»

ACCION DECLARATIVA DE DERECHO ARRENDATICIO SOBRE UN PISO Y DE PROPIEDAD SOBRE LA MITAD DEL MISMO. ERROR DE HECHO Y DE DERECHO EN CASACION (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1973).

Hechos.—Don Juan L. C., que fue lanzado del piso que ocupaba, al ejecutarse la sentencia dictada en procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, interpone ahora demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra la titular registral del citado piso, doña Eulalia, suplicando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la sentencia de aquel procedimiento y, en consecuencia, sea restituido el actor en la posesión del piso, en base a documento privado de arrendamiento, y por la que también se declare que con posterioridad al contrato de arrendamiento el actor había adquirido, en virtud de otro documento privado, «la mitad del valor» del referido piso.

La demandada contesta suplicando sea desestimada la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia número 19 de los de Madrid dictó sentencia estimando en parte la demanda, declarando que el actor no tiene la posesión del piso en concepto de arrendatario, pero que le corresponde la «mitad del valor» del mismo, aunque no en concepto de dueño, sino como titular de un simple derecho de crédito, que se hará efectivo a elección de la demandada, abonándolo en metálico al actor o transmitiéndole por medio de escritura pública la mitad de la propiedad de tal piso.

Esta sentencia fue revocada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid en lo relativo al derecho de crédito, pues desestimó íntegramente la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandante, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso, porque «aunque tanto el error de hecho como el de derecho son acusables ambos, por el cauce del número 7 del artículo 1.692, antes citado, son conceptos distintos, que deben ser tratados en motivos separados; pero aunque así fuera, y por lo que se refiere al motivo primero..., el documento en que se apoya, al ser de carácter privado, no reconocida su autenticidad por la parte contra la que se invoca, es ineficaz para fundamentar el motivo, y por lo que hace referencia al segundo, el fondo del mismo plantea un problema de interpretación, que en su caso había de discutirse y ampararse por el cauce del número 1 del citado artículo 1.692 de la Ley Procesal...» (único «considerando»).

TERCERIA DE DOMINIO. RECIBIMIENTO A PRUEBA. RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma, por no haber aceptado la Audiencia el recibimiento a prueba propuesto por uno de los demandados en la tercera de dominio, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando (primero) que el único motivo que se formula denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, con amparo en el ordinal 3 del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando que a los hoy recurrentes les fue denegado el recibimiento a prueba que solicitaron en la segunda instancia, sin haberlo podido hacer antes por encontrarse en situación de rebeldía, a causa de lo cual concurría el supuesto del artículo 767, en relación a estos efectos con el número 5 del artículo 862, ambos de la misma Ley procesal; alegado que no puede ser estimado, no sólo porque desde el punto de vista formal se presenta prescindiendo por completo de las exigencias características de los recursos extraordinarios de esta clase, en cuanto no contiene una motivación concreta y separada, pues la que puede reputarse como tal aparece englobada en lo que denomina 'procedencia del recurso', junto con circunstancias de hecho y procesales, no precisando tampoco el tipo o concepto de la infracción que entiende cometida respecto de los preceptos que cita, sino, además, porque intrínsecamente lo que dice carece de todo fundamento, en primer lugar, porque siendo los hoy recurrentes—según ya se ha mencionado—rebeldes en la Primera Instancia del juicio de tercería que origina estas actuaciones, sin haber justificado legalmente la imposibilidad de su comparecencia y habiéndose personado en el trámite de la apelación interpuesta, pero sin adherirse a la misma, es de aplicar el supuesto del artículo 1.541 de la Ley de Enjuiciamiento, en el sentido de que su actitud implica un allanamiento a las pretensiones de la demanda (al modo como ya dijo este Tribunal Supremo, especialmente en la sentencia de 4 de junio de 1912), que hace extemporáneo e innecesario el recibimiento a prueba solicitado por no concurrir los requisitos del número 2 del artículo 862 del mismo Cuerpo legal que, según ha declarado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, debe ser interpretado restrictivamente; en segundo término, porque tanto en el escrito en que se hizo la solicitud como en el actual recurso, los hoy recurrentes se limitan a decir que la prueba se refería a hechos del pleito, pero no precisan a cuál de ellos, en concreto, se refiere, en contra de lo dispuesto en el artículo 565 de la propia Ley adjetiva, en la interpretación dada por la doctrina de este Tribunal Supremo, de que se hacen eco, entre otras muchas, las sentencias de 26 de diciembre de 1903 y 12 de noviembre de 1929, y, finalmente, porque cuando se inicia la Segunda Instancia, en que se pretendió el recibimiento a prueba, había recaído ya la sentencia de este mismo Tribunal, que tiene fecha 26 de noviembre de 1970, que al desestimar el recurso que entonces se articuló y confirmar la dictada en grado de apelación, decidió la cuestión que en aquel juicio declarativo se había debatido, entre las mismas partes litigantes, relativa a la propiedad de la finca que ahora se discute, en favor del tercerista, actual recurrido, lo que demuestra que la propuesta de medios probatorios que la contradigan sea no sólo improcedente, sino también impertinente.»

TERCERIA DE DOMINIO. VALOR DE LAS NORMAS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN UN RECURSO DE CASACION POR EL FONDO (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Desestimada la demanda de tercería de dominio por el Juzgado de Primera Instancia de La Bañeza, y confirmada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, el demandante interpone recurso de casación por infracción de ley y, concretamente, por aplicación indebida del párrafo primero del artículo 1.538, inaplicación del párrafo primero del número 3 del artículo 372 y, subsidiariamente,

inaplicación del párrafo segundo del artículo citado 1.538, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que los motivos primero y tercero del recurso, amparados en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncian, respectivamente, la aplicación indebida del párrafo primero del artículo 1.538 de la misma Ley de trámites y la inaplicación en la sentencia recurrida del párrafo segundo del mismo precepto legal, basándose para ello en que la anterior tercería de dominio no fue en realidad tal y se limitó a la presentación del escrito de demanda, sin llegar a ser tramitada ni resuelta por haberse declarado incompetente el Juez ante quien se formuló y por no haberse seguido el trámite de las excepciones dilatorias, más rápido y económico que el adoptado, motivos que no pueden prosperar por estar sustanciados en un precepto procesal, que no puede servir de base a un recurso extraordinario en el fondo; pero aun cuando así no fuera, siempre resultaría que del estudio de lo actuado se desprende que existió una tercería de dominio anterior, fundada en el mismo título dominical que la presente, sin que el recurrente, a quien correspondía hacerlo, haya probado ni intentado probar siquiera su actual alegación de que tal tercería no llegó a tramitarse al resolverse, y porque en cuanto al procedimiento a seguir, al estar redactado el precepto en forma facultativa y no imperativa al emplear el término 'podrá', no puede constituir una infracción de la norma.»

«Considerando que el segundo de los motivos articulados, por el cauce procesal del número 2 de dicho artículo 1.692, con alegada inaplicación del párrafo primero del número 3 del artículo 372 de la misma Ley rrituaria, tampoco puede prosperar al no haberse sustentado en la infracción, con expresión del concepto de la misma, del artículo 359 de tal repetida Ley de procedimientos, requisito obligado en la causa elegida, conforme a la constante y reiterada doctrina de esta Sala, máxime que la forma imperativa en que está redactado el citado artículo 1.538, 'no se permitirá en ningún caso segunda tercería de dominio o de preferencia...', denota que puede ser estimada de oficio, cosa aquí no necesaria, puesto que en el párrafo final del hecho segundo del escrito de contestación a la demanda—folio 41 vuelto y 42—ya se alegó por el demandado la existencia de una tercería anterior, y sin que el artículo 372, en el párrafo alegado, tenga otro alcance que el señalar los términos en que debe ser redactada toda sentencia.»

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

ARRENDAMIENTO DE UN SOLAR (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1973).

Hechos.—Arrendado un solar por cinco años, prorrogables por otros cinco, al cumplirse los primeros cinco años el arrendador demanda de desahucio al arrendatario, quien es condenado al desalojo.

Doctrina de la sentencia.—El recurso denuncia la infracción por aplicación indebida de los artículos 1.569, 1.577 y 1.538 del Código civil; alegación que no puede ser acogida porque la Sala sentenciadora no aplicó los artículos 1.577 y 1.538, antes mencionados, procediendo correctamente al no subsumir el caso de autos en los supuestos en ellos descritos, ya que

ni el objeto del arrendamiento es un predio rústico ni es de permuta el contrato concluido entre las partes. Si bien es verdad que, como sostiene el recurrente, todo el debate judicial giró en torno a la interpretación del término «prorrogable» que sigue a los de «cinco años», aquel término debe ser entendido en el sentido de que la prórroga había de hacerse por común acuerdo de las partes, y a esta interpretación se atuvieron ambos Juzgadores de instancia al estimar que bastaba la voluntad contraria de una de ellas, declarada a la otra antes del vencimiento del plazo contractual, para que el término convencional de cinco años debiera considerarse expirado o agotado.

LAUDO ARBITRAL: EJECUTORIEDAD (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—La primera cuestión hace referencia a si el laudo emitido tiene carácter ejecutivo o no, esto es, si se trata de un simple dictamen dado sobre las cuestiones que entraña o si es un fallo de Derecho privado, al que debe ser aplicable el artículo 31 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, basta para ello acudir a los términos de la escritura en la que se emplean las frases siguientes: «la controversia que se somete al fallo de los amigables compondores...», «los señores árbitros de equidad en su función interpretativa resolverán...». La escritura de 30 de abril de 1969, autorizada por un prestigioso Notario, emplea los términos de «capacidad legal suficiente para otorgar esta escritura de compromiso», todo lo que resulta ajeno a la idea de que la resolución que recayere sea un simple informe o dictamen sin fuerza obligatoria.

LAUDO ARBITRAL: CONGRUENCIA (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—En el recurso se acusa incongruencia, al no ser la resolución recurrida precisa y congruente con las pretensiones formuladas por las partes en relación con la controversia sometida a decisión arbitral; pero la congruencia no implica necesariamente que el fallo haya de ajustarse literalmente a las pretensiones, sino que basta la existencia de una relación íntima y racional, que se refiere a extremos implícitamente comprendidos o relacionados con las cuestiones discutidas en el proceso, no quebrantándose el sentido razonable de la congruencia, si en el fallo se hacen declaraciones en relación con el tema de controversia, considerado éste no en su literalidad, sino en la realidad de su contenido.

PRACTICA DE PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—El párrafo segundo del artículo 862 de la L. E. C. permite el recibimiento a prueba en Segunda Instancia; pero este recibimiento no se da de una forma preceptiva e incondicional, sino como remedio subsidiario sólo en las condiciones excepcionales a que se refiere dicho artículo, que son: Primera, que la prueba se hubiese propuesto en Primera Instancia. Segunda, que no hubiera podido realizarse sin culpa de quien la propuso, condición que lleva implícita, según concreta la jurisprudencia de esta Sala, la de no haber gestionado con la debida diligencia la parte que la propuso, la práctica de las admitidas;

sólo, pues, cuando se han cubierto dichos requisitos y se ha denegado la práctica de una prueba en Segunda Instancia podrá prosperar el recurso por quebrantamiento de forma.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: PARA PODER ALEGARLO ES PRECISO QUE EL MISMO SEA DE IMPORTANCIA (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Hechos.—Unos contratistas construyeron un edificio para una Cooperativa de Propietarios, pero con ciertos defectos de construcción valorados en unas 60.000 pesetas. La Cooperativa dejó de abonar a los contratistas un millón de pesetas alegando tales defectos, pero es condenada a pagar, si bien descontando el importe de los mismos.

Doctrina de la sentencia.—Para el ejercicio de las acciones, otorgadas por el artículo 1.124 del Código civil, no basta con cualquier incumplimiento, sino que es preciso que el mismo sea de importancia y trascendencia a la economía de los interesados (sentencias de 9 de diciembre de 1966 y 18 de noviembre de 1970) o que el incumplidor haya procedido con voluntad deliberadamente rebelde y obstativa a la efectividad de sus deberes (sentencia de 28 de febrero de 1958). Al negarse en la Audiencia que tales circunstancias concurriesen en el presente caso es de rechazar el motivo del recurso, al no existir vulneración respecto al artículo 1.124.

Se tacha al Tribunal *a quo* de no haber aplicado el artículo 1.098 del Código civil, por deducir de la cantidad reclamada por los actores una suma equivalente al valor de la reparación de los defectos de la obra, en lugar de ordenar su reparación; mas al no haberse solicitado por la entidad demandada aquella reducción en el precio, su concesión por parte de la sentencia recurrida entrañaría un vicio de incongruencia y su subsanación ante esta Sala sólo se lograría con apoyo en el número 2 del artículo 1.692 de la L. E. C.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Hechos.—El cable telefónico que unía Madrid con Barcelona fue aplastado por una máquina que realizaba trabajos en una finca rústica. La Telefónica demanda la indemnización de daños y perjuicios sin resultado, pues medió culpa de ella misma al enterrar los cables a una profundidad menor que la establecida en los planos.

Doctrina de la sentencia.—La alegación de que no se advirtió al conductor de la máquina la existencia del cable no puede ser tenida en cuenta, cuando por los actos de la propia Compañía Telefónica podía confiar el propietario del fundo en que las obras de explanación y edificación no habían de producir en él menoscabo alguno; la afirmación de que el siniestro se hubiera producido lo mismo si el emplazamiento del cable se hubiese ajustado a las previsiones y plano de la repetida Compañía no pasa de ser una mera alegación de la recurrente, que la Sala sentenciadora no admite.

Como la calificación jurídica que corresponde a los hechos es la de que por culpa exclusiva de la perjudicada se produjo el daño, no pueden estimarse infringidos por violación los artículos 1.902 y 1.903, en relación con el 1.104, del Código civil, ni puede entrar en juego la doctrina jurisprudencial sobre la presunción de culpa, sobre la evolución del sistema objetivista de la culpa y en torno a la llamada «compensación de culpas».

RECURSO DE CASACION: CUESTIONES NO DEBATIDAS (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—El recurso de casación se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un remedio que se le concede a los litigantes para que puedan conseguir la corrección o la anulación de una resolución judicial cuando el Juzgador de Instancia haya vulnerado la Ley. Por eso nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil tuvo buen cuidado en señalar en el número 5 del artículo 1.729, como causa de inadmisión del recurso, el supuesto de que la Ley o la doctrina que se invocan como infringidas se refieran a cuestiones no debatidas en el pleito.

Comparando las cuestiones que ahora plantean los recurrentes en su recurso con las defensas que adujeron en la instancia, se comprueba que son completamente distintas y que sobre ellas ni se pronunció el Juzgador de primer grado ni pudo pronunciarse el de apelación, como tampoco este Tribunal Supremo, ya que se lo prohíbe terminantemente el citado artículo de la Ley procesal, que no admite la llamada «casación *per saltum*».

COMPRAVENTA: VICIOS OCULTOS (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Hechos.—El autor había vendido al demandado una máquina para producir pasta de papel, y ahora le demanda por falta de pago del precio de la misma. El comprador alega que el contrato se había celebrado porque le habían asegurado cierta producción diaria, a la que no se llega ni con mucho. El comprador es absuelto y, además, prospera su reconvencción.

Doctrina de la sentencia.—En esta clase de recurso, la sentencia que ha de ser examinada para determinar si se han cometido o no las infracciones atribuidas al órgano jurisdiccional, no es la de primer grado, sino la de apelación.

Es doctrina reiterada de esta Sala que en la determinación de la congruencia, al estar regida por el principio de la controversia, no hay que atenerse exclusivamente a la mera literalidad de los términos de lo pedido en las pretensiones.

La parte recurrente se limita a afirmar que «no existe prueba ni constancia alguna acerca del hecho de que la producción mínima diaria de 15.000 kilogramos del molino vendido fuera condición principal que hubiese dado motivo a la celebración del contrato de compraventa»; así, pues, crea por sí dicho supuesto, prescindiendo totalmente de la fundamentación de hecho de la sentencia impugnada.

PLAZO PARA EL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACION (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Hechos.—Un contratista acordó construir un edificio de viviendas en el plazo de seis meses. Como tardó dieciocho en terminarlo, el dueño le reconviene por la demora en el cumplimiento de su obligación, acompañando, como medio de prueba del lucro cesante, unos contratos privados de alquiler. No obstante, el Tribunal Supremo absuelve de tal reconvencción al contratista.

Doctrina de la sentencia.—El contratista resulta un tercero en los contratos privados de inquilinato, a los que es aplicable el artículo 1.297 del Código civil, que circunscribe sus efectos a las partes que los otorgan y sus herederos, por lo que no cabe apreciar esos perjuicios que se dice fueron causados al propietario por la simple presentación de tales contratos.

La construcción se terminó un año y dos días después de lo previsto;

pero esto, que supondría la mora en el concepto legal, se refuta en la sentencia de instancia basándose en que se trata de unas modificaciones autorizadas por el propietario, y como quiera que dichas alteraciones influyen en el momento de su terminación, puesto que la modificación implica más trabajo y, consiguientemente, más tiempo, no puede hacerse responsable del no desproporcionado retraso al contratista, lo que implica una novación del plazo primitivamente fijado.

COMENTARIO.—El Supremo viene a decirnos que si se produce alguna modificación en la obligación de hacer, ya no rige plazo para la misma, puesto que no considera que se incurre en mora ni que existe un «desproporcionado retraso» cuando se tarda el triple del tiempo convenido en la construcción de un edificio sólo porque hay que hacer unas modificaciones. Debía nuestro más Alto Tribunal haber matizado más y precisar qué hace falta en estos casos para incurrir en la mora legal.

RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—Según reiterada doctrina de esta Sala nunca pueden fundarse recursos de casación por infracción de Ley o de doctrina legal en la violación, interpretación errónea o aplicación indebida del o de los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que sólo contengan preceptos de carácter puramente procesal.

La prueba de confesión ha de apreciarse en su totalidad y no limitada a alguna de las posiciones que la integran, no siendo su fuerza probatoria superior a la de los otros medios. Siendo también jurisprudencia reiterada que la apreciación conjunta de la prueba hecha por la Sala de Instancia no puede ser impugnada con éxito en el recurso de casación apoyándose en uno de sus elementos, como es la confesión judicial.

CUMPLIMIENTO DE CONTRATO (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—Según reiterada doctrina de esta Sala nunca pueden fundarse recursos de casación por infracción de ley o de doctrina legal en la violación, interpretación errónea o aplicación indebida de los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que sólo contengan preceptos de carácter puramente procesal.

La interpretación del contenido clausular de los negocios jurídicos es privativa del Tribunal de Instancia y debe, por ende, ser respetada en casación, mientras resulte lógico y no desorbitado el texto interpretado con exégesis atentatorias a la letra y espíritu del mismo, según nutrida jurisprudencia de esta Sala.

Debiendo ser también desestimado el motivo que impugna la sentencia recurrida por no condenar al demandado al pago de intereses legales de las cantidades reclamadas, ya que se está en presencia de cantidad ilíquida pendiente, en parte, de la ejecución de sentencia, que, como de tal naturaleza, no es originadora de abono de intereses mientras no venga expresamente determinada y precisada.

ARRENDAMIENTO: LO ES DE TEMPORADA, PESE A LA OCUPACION ININTERRUMPIDA DE LOS LOCALES, CUANDO LA ACTIVIDAD NEGOCIAL EN LOS MISMOS SE DESARROLLA UNICAMENTE DURANTE LA TEMPORADA TURISTICA (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Hechos.—La compañía propietaria de un complejo turístico de Manacor cedió en arrendamiento varios locales de negocio a doña Milagros.

Entre ambas partes se entabla ahora litigio sobre la naturaleza jurídica de tal arrendamiento: si es de temporada o si está incluido en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Doctrina de la sentencia.—La recurrente alega que la Sala de Instancia ha dado preferencia a la literalidad de las cláusulas del contrato de arrendamiento, frente a la intención de los contratantes, afirmación totalmente desvirtuada por el contenido del considerando tercero de la sentencia impugnada, que evidencia que el Tribunal *a quo* llega a la conclusión de que la voluntad de las partes litigantes fue la de concertar un contrato de arrendamiento por temporada. La recurrente establece por sí el supuesto de que el arrendamiento no es de temporada por la ininterrumpida ocupación de los locales, dejando de tener en cuenta, por tanto, que, no obstante esa ocupación, la actividad negocial en los locales arrendados no fue desarrollada de manera continuada, al quedar supeditada al período de tiempo en que el complejo turístico del que forman parte esté abierto y en explotación, esto es, a la duración de la temporada turística local. En lo relativo a la tenencia de las llaves, aun en la época de inactividad negocial, la circunstancia expresada no se opone a la existencia del arrendamiento por temporada.

PRESCRIPCION DE ACCIONES (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.969 del Código civil, que en punto a determinar cuándo debe entenderse que ha nacido la acción acepta el criterio o teoría de la realización, al establecer que, salvo que haya disposición especial en contrario, el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones se contará desde el día en que pudieran ejercitarse, siendo constante y uniforme la doctrina jurisprudencial, en el sentido de que esa posibilidad es la legal y que las condiciones del individuo u otras circunstancias sólo pueden tenerse en cuenta cuando la Ley así lo determine.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBLIGACION DEL ARRENDADOR DE INDEMNIZAR AL INQUILINO POR LA DEMOLICION DE ALGUNA DE LAS HABITACIONES ARRENDADAS (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Hechos.—Dos viviendas arrendadas a diferentes inquilinas tenían algunas habitaciones en voladizo sobre un solar contiguo. Demolidas las mismas por el arrendador, las arrendatarias lo demandan de indemnización. El Supremo confirma las sentencias condenatorias.

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que para la aplicación del artículo 1.101 del Código civil no basta con justificar la infracción del contrato, sino que es preciso, además, acreditar la existencia real y positiva de los daños y perjuicios producidos para evitar que, de otra forma, pierda la indemnización su natural carácter y adquiera el de sanción penal, no lo es menos que en el presente caso semejante efecto se deduce, sin el menor género de duda, de los hechos afirmados por el acuerdo judicial combatido, y como la aplicación de los mismos está encomendada al Tribunal de Instancia y no puede ser combatida en casación sino a través del número 7 del artículo 1.692, la cual no ha sido utilizada por el recurrente, y como la pérdida del goce de parte de la cosa arrendada se ha considerado como determinante de aquel perjuicio por la jurisprudencia de esta Sala y, además, ha existido culpa *in omitendo*, de la que los per-

juicios sobrevenidos por las actoras traen causa, es indudable que en el supuesto que aquí se discute concurren los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1.101, según la doctrina contenida por esta Sala en múltiples sentencias, es decir: la preexistencia de una obligación y su incumplimiento debido a culpa, negligencia o falta de diligencia del demandado, no a caso fortuito o fuerza mayor; la realidad de los perjuicios ocasionados a las otras contendientes, y el nexo causal existente entre aquella conducta y los daños producidos. Debe percibir la indemnización que proceda, de acuerdo con las normas legales, dado que una interpretación contraria llevaría a la conclusión de autorizar la resolución parcial de las locaciones y su posible extinción mediante pérdidas sucesivas de la cosa arrendada, lo que por absurdo debe rechazarse.

COMPRAVENTA: RESOLUCION (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1973).

Hechos.—El vendedor de una finca rústica obtiene la resolución del contrato de venta de dicha finca, como consecuencia de la falta de pago del precio por parte del comprador.

Doctrina de la sentencia.—El único motivo del recurso se apoya en supuestos de hecho contrarios a los mantenidos por la Sala sentenciadora en dicha resolución impugnada, sobre la base de una apreciación probatoria que aquel litigante lleva a cabo con un criterio unilateral e interesado, y como a mayor abundamiento, el Tribunal de Instancia deriva los hechos básicos de dicha resolución de la interpretación de las cláusulas de los contratos concertados entre las partes, y ello no se combate adecuadamente mediante denuncia de infracciones de las normas de hermenéutica, se impone la inviabilidad del motivo.

OBJETO DEL CONTRATO: IDENTIFICACION (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—Conforme al artículo 1.261, número 2, del Código civil, no hay contrato sino cuando concurre, entre otros, el requisito de tener objeto cierto que sea materia del mismo, y según el artículo 1.273, inciso primero, el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto su especie.

Aun cuando para la identificación de un automóvil no son datos absolutamente indispensables ni su matrícula ni las marcas, a que se refiere el artículo 237 del Código de la Circulación, pues puede llegarse a ella si otros datos permiten determinar el objeto del contrato, la sentencia recurrida, no obstante declarar «la no identificación del vehículo de motor litigioso», condena al demandado a transferir a la demandante el dominio del automóvil Opel Rekord M-335.587, sin que previamente aparezca en dicha resolución elemento alguno que autorice a estimar que este vehículo y no cualquier otro de aquella serie fue objeto del pacto de dación en pago, por lo que infringió aquellos preceptos sustantivos, los cuales llevan a apreciar la invalidez de tal pacto, y con él, de todo lo concertado sobre la forma de pago de la deuda reconocida.

COSA JUZGADA: EJECUTORIEDAD (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1973).

Hechos.—El arrendador de un local de negocio demanda a la arrendataria de desahucio y otorga nuevo contrato de arrendamiento a favor de

un tercero. Confirmada la arrendataria en su posesión por sentencia firme, y ya en ejecución de la misma, se opone el arrendador, pero su pretensión no prospera.

Doctrina de la sentencia.—«Luego que una sentencia sea firme se procederá a su ejecución, siempre a instancia de parte»; principio de ejecutoriedad que con respecto a la cosa juzgada recoge el artículo 919 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; criterio mantenido con notoria severidad por la jurisprudencia, que sólo puede quedar soslayado en aquellos escasos supuestos por concurrir una incompatibilidad manifiesta entre dos resoluciones judiciales; incompatibilidad que no puede admitirse en un supuesto como el de autos, en que se ejercitaron derechos emanados de actos jurídicos distintos, integrados por relaciones contractuales diferentes y que no tuvieron lugar entre las mismas personas. El demandado otorgó un nuevo contrato de arrendamiento a favor de quien no es parte en el actual procedimiento; esto es un problema que deben resolver ambas personas entre sí, pero no puede aminorar el derecho que a la arrendataria ha reconocido una sentencia firme. El poseedor que lo es en virtud del contrato nuevo, no tiene posibilidad de solicitar nada en el procedimiento actual.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: POR EL MERO HECHO DE SURGIR UN EVENTO DAÑOSO PARA UN TRABAJADOR NO SE ORIGINA RESPONSABILIDAD PARA LA EMPRESA EN EL ORDEN CIVIL (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Hechos.—Un peón de una cantera sufrió un accidente y resultó muerto, dejando viuda y siete hijos menores. La viuda demanda a la compañía explotadora de la cantera, pero la demandada es absuelta porque el accidente se debió a culpa del infortunado operario.

Doctrina de la sentencia.—La actualización del riesgo, o sea, la producción del siniestro, no revela siempre, y en todo caso, que no se hubieran empleado por la empresa todos los medios de prevención necesarios, puesto que aun con esa existencia de aparatos, si el trabajador los desecha y prescinde de ellos puede surgir el evento dañoso, que se temía y trataba de evitar, y de tal evento dañoso no puede originarse responsabilidad para la empresa, salvo que le venga impuesta de manera expresa y objetivamente por la legislación laboral y sólo respecto a ese orden jurisdiccional.

COMENTARIO.—Constituye esta sentencia un paso atrás en la progresiva jurisprudencia tendente hacia una apreciación objetiva de la culpa aquiliana.

COMPRAVENTA: NULIDAD (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Hechos.—Don Severo adquirió una finca por escritura pública en 1901. Encargó de la administración a su hermano don Antonio y emigró a Argentina. En 1943, don Antonio, en su propio nombre y derecho, vende tal finca en documento privado a un tercero, y posteriormente la readquiere del mismo en escritura pública, que se inmatriculó en el Registro de la Propiedad al amparo del artículo 205.

En 1972, los herederos de don Severo demandan a los de don Antonio, reclamando la propiedad de dicha finca y la nulidad de tales transmisiones. Se acogieron estas peticiones.

Doctrina de la sentencia.—Se alega por el recurrente que ha estado mal constituida, por incompleta, la relación jurídico procesal, ya que se ha debido demandar al que figuraba como comprador en el primer contrato privado de 17 de octubre de 1943, con el que se inició la cadena de documentos confeccionados al margen de la realidad para lograr inscribir por primera vez en el Registro la finca en cuestión al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, cuestión no alegada en la instancia, pero revisable de oficio en casación, y hay que desestimar tal alegación, pues lo que determina la necesidad de la concurrencia de un tercero no convocado a un juicio es la posibilidad de que el mismo pueda ser afectado por el fallo que se pretende sin haber sido oído, como dice la sentencia de 30 de mayo de 1969, que sintetiza la orientación jurisprudencial a través de sentencias aparentemente contradictorias, pero que en realidad responden a cualidades fácticas que presentan matices diferentes, y estas circunstancias esenciales no se dan en el caso de autos, porque las acciones que en él se ejercitan lo son contra un titular determinado y sus herederos, de forma que aunque el contrato de 1943 hubiera sido válido y la finca hubiese entrado en el patrimonio del supuesto adquirente, al haberse desprendido de ella en nada le afectan las incidencias posteriores relacionadas con dicha finca, menos aún cuando la sentencia afirma que dicho bien no entró nunca en su patrimonio.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Hechos.—El actor reclama 1.300.000 pesetas como consecuencia de unos abonos que le sirvió al demandado y que permanecieron impagados. Pese a los diferentes argumentos defensivos, este último es condenado a pagar.

Doctrina de la sentencia.—Faltando a la claridad que debe presidir la redacción de todo escrito de interposición de recurso de casación, se mezclan y confunden en su desarrollo tres materias diferentes, a saber, la relativa al supuesto error de hecho en la apreciación de las pruebas, la referente al *onus probandi* y la concerniente a la pretendida infracción del artículo 533, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los documentos aducidos en el motivo no muestran que los Juzgadores de Instancia incurrieran en patente equivocación.

CONFESION JUDICIAL: EFICACIA (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—Para que la confesión en juicio pueda producir prueba plena contra los hechos establecidos en la sentencia de que se recurra en casación, ha de ser un reconocimiento explícito y terminante de los hechos contrarios a los que la sentencia establezca sin que sea dable acudir a deducciones más o menos lógicas; pero, además, el precepto del artículo 1.232 del Código civil ha de entenderse o interpretarse en relación con el 1.233 del mismo cuerpo legal, que establece la indivisibilidad de la confesión, en el sentido de que el litigante que pretende beneficiarse de ella ha de aceptarla en su integridad, no aprovechando lo que le favorezca y rechazando lo que le perjudique.

ARRENDAMIENTO DE OBRA: DISTINCION CON LA COMPRAVENTA DE COSA FUTURA (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—La verdadera naturaleza de estos contratos ha sido bien precisada por la sentencia impugnada, cuando al tratar de

la línea de separación entre las figuras contractuales afines legalmente tipificadas, como arrendamiento de obra (contrato de empresa) y la compraventa de cosa futura, dice que «la última diferencia que impone la distinción reside en que, en aquél, el empresario inicia o despliega su actividad, que le es 'encargada' por el dueño, y hasta la culminación de la obra es éste el dueño de ella y no el empresario, el que asume la titularidad o propiedad de los avances, porciones o parciales resultados en los que se desarrolla, ya que el referido empresario se obliga a 'ejecutar' (art. 1.544 del Código civil), y al tiempo que ejecuta, el producto entra en el patrimonio del dueño..., mientras que en la compraventa de cosa futura, como en la de cosa presente, a lo que se obliga el vendedor es a 'entregar' (artículo 1.445 del Código civil)..., diferencia que se acentúa en los casos en que la obra que se 'entrega' o que se 'compra' tiene por base la edificación urbana».

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

DESAHUCIO DE LOCAL DE NEGOCIO: *Procede cuando se infringe la prohibición de traspaso hecha en el contrato de arrendamiento* (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1973).

El propietario de un local, arrendado en 1957 para almacén con prohibición de traspaso, se encontró con que una entidad distinta al arrendatario ocupaba el local. Requerido el contratante, manifestó que el rótulo correspondía al anuncio de un producto sin que variase la relación arrendaticia. Fallecido el arrendador, uno de los coherederos, en nombre de la comunidad, convencido de que dicha empresa era la que ejercía su actividad en tal local, demandó al arrendatario ante el Juzgado de Villalba para que desalojase el local, por haber infringido la prohibición de traspasar hecha en el contrato. La contestación se basó en que la empresa era la verdadera arrendataria del local, y el que figuraba como tal era un testaferro de ella, lo que se hizo con conocimiento del arrendador y por su propio deseo.

El Juez admitió la demanda declarando resuelto el contrato. La Audiencia Territorial de La Coruña confirmó la anterior. Se formuló recurso de injusticia notoria con base: 1.º) En la infracción del apartado 2 del artículo 148 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que la propia Audiencia reconoció que el único arrendatario fue el demandado y no la entidad. 2.º) En la infracción del artículo 4 del Código civil. 3.º) Por quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, ya que se produjo indefensión al declarar nulas las actuaciones la sentencia de apelación.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Antonio Cantos Guerrero, rechaza el recurso, ya que decaen los motivos por las siguientes razones: el 1.º, porque no se especifica el concepto de la infracción; el 2.º, porque se falta a la claridad que ha de imperar en esta materia; el 3.º, porque ni se cita el precepto infringido ni se consigna el desarrollo de la alegación, incurriendo en el mismo defecto que el motivo anterior por su falta de claridad.

REPARACIONES EN LOCAL ARRENDADO: *Son de cargo del arrendador las necesarias para mantener el local en estado de servir para el uso convenido* (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1973).

Demandó el arrendatario al propietario para la realización de las reparaciones necesarias para la conservación del local y del inmueble en ge-

neral. Contestó éste en el sentido de que se habían hecho las obras necesarias para mantener en buen estado el inmueble y formuló reconvencción pidiendo la resolución por obras in consentidas y cesión, traspaso o subarriendo clandestino. Se contestó a la reconvencción negando las obras hechas por el arrendatario y la cesión o traspaso alegados.

El Juez de Primera Instancia de Vich declaró resuelto el contrato, estimando la demanda reconvenccional; pero la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la anterior sentencia y condenó al demandado a realizar ciertas reparaciones, desestimando la reconvencción.

Se interpuso recurso de injusticia notoria, al amparo del artículo 135 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y causa 4.ª del 136 del mismo texto legal, con base: 1.º) En el error de la sentencia recurrida en la apreciación de la prueba pericial al condenar al demandado a hacer unas obras innecesarias. 2.º) En que el arrendatario ha introducido a un extraño en el negocio, dadas las facultades amplísimas del apoderado y la comunidad de negocios entre éste y los poderdantes, existiendo una serie de presunciones lógicas de esta cesión o subarriendo in consentido.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu, rechaza el recurso, alegando que el carácter formal del recurso extraordinario obliga a la exigencia de cuantos requisitos señala la jurisprudencia de esta Sala en cumplimiento y desarrollo del artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoria de la de Arrendamientos Urbanos, y como quiera que del estudio del escrito de interposición se observa que aun cuando señala como sustentación la causa cuarta del artículo 136 de la Ley locativa, se hace en el apartado tercero del escrito mezclado con la relación de antecedentes, no se alega en ninguno de los dos extremos a que se contrae dicha causa cuarta, se mezclan dichos dos puntos fundamentales, que se dividen en varios párrafos numerados hasta el ordinal de nueve, faltándose con todo ello a la precisión y claridad con que debe establecerse el recurso, todo lo que acarrea su inadmisibilidad.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: *Para que las obras alteren la condición de un local basta con que modifiquen la forma o estructura del mismo produciendo un cambio esencial y sensible y no meramente accidental* (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1973).

Los propietarios del local demandaron al arrendatario pidiendo la resolución del arrendamiento por haber efectuado obras que alteraban la estructura y configuración del piso. Contestó el arrendatario que las obras se habían hecho más de quince años antes, con el consentimiento expreso del padre de los arrendadores, sin que produjeran cambio esencial en los locales cuestionados.

El Juez de Azpeitia desestimó la demanda, imponiendo las costas al actor; pero la Audiencia Territorial revocó dicha sentencia, condenando al demandado a desalojar los locales que comprende dicho arrendamiento.

Se interpuso recurso de injusticia notoria por los siguientes motivos: 1.º) Por infracción de ley, por aplicación indebida de la causa séptima del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que hubo autorización expresa verbal del antiguo propietario, que incluso pagó por mitad las obras realizadas, diciendo la Audiencia que, al menos, las conocía; además, las obras no han modificado la configuración del local ni han debilitado su construcción, según el informe pericial, limitándose la Audiencia a decir que ha habido un cambio en la configuración del local sin razonar ni aportar otros argumentos. 2.º) Por error en la sentencia recurrida en la apreciación de la prueba pericial, en cuanto no se ha apreciado el

informe de los aparejadores de que las obras no debilitaron la resistencia y naturaleza de los materiales ni modificaron la configuración del local, lo cual fue apreciado por el Juez de Instancia. 3.º) Por infracción del artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en cuanto la pretensión del actor supone abuso de derecho.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Antonio Peral García, rechaza el recurso. En cuanto al primer motivo, es doctrina constantemente proclamada por este Tribunal que para que las obras realizadas alteren las condiciones de un local basta con que modifiquen la forma o estructura de la cosa arrendada, la distribución de sus distintas partes, el aspecto peculiar de la misma o, en general, que produzcan un cambio esencial o sensible y no meramente accidental, y como en el caso del presente recurso todas esas circunstancias se dan en la sentencia recurrida como concurrentes y producidas por el arrendatario demandado, se llega a la estimación de la demanda con la viabilidad de la acción resolutoria del arrendamiento, que liga a las partes contendientes. Además, se formula el recurso con falta de claridad y precisión, atacando la sentencia de Segunda Instancia con afirmaciones propias de los recurrentes, sin atacar en debida forma las conclusiones de hecho que sirven de apoyo a aquélla.

El segundo motivo decae también, por cuanto la «configuración» es un concepto jurídico más que técnico, por lo que no puede dejarse su determinación a un perito, siendo de apreciación del Juzgador.

El tercero tampoco se aprecia, ya que el demandante no ejercita su derecho con intención de perjudicar al demandado, sino que al incurrir éste en causa de resolución del contrato, el demandante no obra de forma ilícita ni de mala fe.

RETORNO ARRENDATICIO: *Se debe mantener la renta que se pagaba antes del retorno si se da hasta el 75 por 100 de lo que anteriormente tenía el arrendatario. La alegación hecha en el recurso de ser imposible conceder local análogo al anterior, por constituir cuestión nueva, no puede admitirse en este momento procesal (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1973).*

Ante el Juzgado número 3 de La Coruña se interpuso demanda, que se acumuló a las interpuestas ante los Juzgados números 1 y 2 de la misma capital por otros arrendatarios del mismo inmueble, en la que se hacía constar que autorizado el derribo de la casa, el actor hizo saber al dueño que se acogía al derecho de retorno, suscribiendo el documento prevenido y entregando las llaves del local. Como los interesados estimasen que el demandado no había concluido las obras en el plazo convenido, le requirieron para la entrega, lo que se efectuó por el dueño mediante actuación notarial, sin que se detallan las características de los locales ofrecidos ni se entregasen las llaves de éstos, por lo que se le demandó de conciliación, entregando, al fin, un local de 36,60 metros, en lugar de los 53,30 que tenía el primitivo, pidiendo en la demanda que se le dé un complemento de espacio hasta la totalidad de lo que ocupaba antes y se mantenga la renta que pagaba anteriormente a la demolición del edificio. La contestación se basa en la imposibilidad, dadas las características arquitectónicas del nuevo edificio, de dar la totalidad de lo ocupado anteriormente por el actor, por lo que se ofrece una indemnización para compensarle de la imposibilidad antedicha. Las otras contestaciones a las demandas acumuladas se basaron, como lo habían hecho aquéllas, en análogos razonamientos.

El Juez número 3 de La Coruña estimó, en parte, las demandas acumuladas, afirmando que se debe dar a los actores locales que reúnan los

requisitos exigidos por el artículo 83 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y que las rentas que se han de pagar son las que venían abonando en el momento del desalojo, sin perjuicio de los aumentos legales procedentes e independientes del hecho de la reconstrucción. Interpuesta apelación por dos de los demandantes y desistiendo el tercero, la Audiencia Territorial dictó sentencia confirmando la de Primera Instancia, excepto en cuanto a las costas de la Primera Instancia.

Se interpuso recurso de injusticia notoria por los siguientes motivos: 1.º) Al amparo del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en cuanto se condena en costas totalmente por la Audiencia, sin apreciar por completo la demanda contra lo que indica también reiterada jurisprudencia. 2.º) Violación del artículo 85 de la misma Ley, ya que la imposibilidad de ocupar los mismos locales que tenía antes del derribo el arrendatario se debe a causas objetivas y no a la voluntad del propietario, consentida, además, por el propio arrendatario. 3.º) Violación de los artículos 82 y 83 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 1.184 del Código civil, ya que el retorno no se hace a locales análogos a los ocupados por imposibilidad física y legal de hacerlo.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu, acoge el primer motivo, dada la claridad del artículo 149 de la Ley arrendaticia, al decir que sólo se impondrán las costas si se acepta totalmente la demanda y no si se hace parcialmente, como ocurre en la sentencia recurrida. En cambio, rechaza los otros dos: el segundo, porque es correcto el mantener la renta que pagaba, ya que se le da el complemento de la extensión que faltaba para completar el 75 por 100 de lo que antes tenía, cumpliéndose lo dispuesto por el artículo 83 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; el tercero, por constituir la alegación de imposibilidad física y legal de conceder análogo local, cuestión nueva, sin que se hubiese alegado antes, por lo que no se puede admitir en este momento procesal.

TRASPASO: El contrato de arrendamiento está en suspenso, pero no se extingue durante el tiempo en que se demuele y reedifica el inmueble arrendado, por lo que la participación en el traspaso debe fijarse conforme a la fecha del primitivo contrato (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1973).

El arrendatario, que tenía un negocio de hostelería, procedió a efectuar el traspaso de los dos locales arrendados, notificando su realización al arrendador, pero sin pagar a éste las cantidades fijadas en la Ley Arrendaticia, por lo que se presentó demanda en el Juzgado número 1 de Bilbao, pidiendo la condena a pagar el 25 por 100 del precio del traspaso. Contestaron los demandados alegando no haber llegado a un acuerdo sobre la revalorización de la renta con el actor, habiéndose efectuado la demolición de la finca y subsiguiente reconstrucción con retorno del arrendatario, lo que significaba un nuevo contrato, y la participación debía ser solamente del 10 por 100 en el precio del traspaso.

El Juez desestimó la demanda, pero la Audiencia de Burgos revocó la anterior y declaró el derecho del actor a recibir el 25 por 100 de dicho precio.

Se interpuso recurso de injusticia notoria, al amparo del número 3 del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con la disposición transitoria novena, así como la doctrina legal que cita.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu, rechaza el recurso con base en que el contrato de arrenda-

miento no deja de estar vigente durante el tiempo que duren las obras de demolición y reedificación del inmueble, porque el retorno es una simple facultad de los arrendatarios para reanudar la efectividad de la relación arrendaticia, que no se extingue, sino que se encuentra en suspenso durante las obras, por lo que parece el único motivo del recurso y, en consecuencia, éste.

C. R. R.

V. SUCESIONES

PRETERICION. DERECHO FORAL NAVARRO. FUERO GENERAL (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1973).

La preterición origina, según el Derecho foral navarro, la nulidad de la institución de heredero. Para determinar la cuota del preterido se tienen sólo en cuenta los hijos efectivamente instituidos y no los apartados con la legítima foral.

Los hechos que dieron lugar a esta sentencia son los siguientes: La causante, de vecindad foral navarra, falleció bajo testamento, en el que instituye heredera a su hija S. M. I.—demandada, apelante y recurrente—, aparta con la legítima foral a su otra hija M. M. I.—demandante y recurrente—y omite toda referencia a su nieta S. M. M., hija de otro hijo premuerto a la testadora.

Impugnado el testamento por la hija desheredada y la nieta preterida, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pamplona declaró la nulidad del testamento por preterición de la nieta.

Apelada esta sentencia por la hija demandada, que había sido instituida heredera, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, estimando, en parte, la apelación, declaró la nulidad de la institución hereditaria y la validez del testamento en cuanto a la atribución de la legítima foral a la hija M. M. T., así como el carácter de herederas concurrentes en la hija que había sido designada como tal en el testamento y en la nieta preterida, quienes deberán practicar la partición con iguales derechos, conforme a las normas de la sucesión intestada.

Interpuestos sendos recursos de casación por infracción de ley por la demandada, S. M. I., y la actora, M. M. I., es decir, por las dos hijas nombradas en el testamento, la una para instituir la heredera, y la otra para desheredarla, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar a ambos recursos con base en las siguientes consideraciones:

Considerando que limitada la litis en este trámite procesal a determinar los efectos que produce la preterición en Navarra, dada la indiscutida vecindad de la causante, y la omisión al manifestar su última voluntad de toda disposición e incluso de la existencia de su nieta doña S. M. M., hoy recurrida, frente a la tesis de la Audiencia de validez de la atribución de la legítima foral a la hija de la testadora doña M. M. I., y de nulidad de la institución de heredero en favor de doña S. M. I., que habrá de compartir con la nieta preterida los bienes hereditarios por mitad, conforme a las normas de la sucesión intestada, se pronuncian los dos recursos formalizados.

Considerando que en el Derecho navarro la institución de la preterición se halla plasmada en la Ley contenida en el capítulo primero, título 20, del libro tercero del Fuero General, a cuyo tenor: «Aquest sobredicto enfermo deysare alguna creatura de pareylla o de barragana por obliido

o por non querer que nol dió algo, et muere el padre, assí que non li dé, et si fuera la creatura de pareylla, debe prender la sua suert entegramente en las heredades que avrán las creaturas de pareylla; et si fuere de barragana con las creaturas de barragana deva heredar», que se denuncia como infringida en el segundo motivo del recurso formulado por la demandada, hoy recurrente, doña S. M. I., motivo que es desestimable, porque el derecho del hijo legítimo preterido para reclamar igual porción hereditaria que los demás legítimos sólo puede interpretarse con relación a los que hayan sido verdaderamente instituidos herederos, en este caso, la recurrente, y no con los que hayan sido apartados simplemente con la atribución de la legítima foral, como la otra recurrente, doña M. M. I., pues lo pretendido supondría un derecho de acrecer a favor de la instituida, que no encuentra fundamento alguno en la Ley.

Considerando que igual suerte desestimatoria ha de correr el tercer motivo del mismo recurso, que alega la infracción de la Ley 271 de la llamada Recopilación Privada de 1971, a cuyo tenor «el legitimario que hubiere sido preterido podrá pedir únicamente que se anule la institución de heredero, y se le declare heredero conforme a la Ley, quedando a salvo todas las demás disposiciones. Sólo podrán ejercitar la acción el preterido y sus herederos», pues aparte del simple carácter orientador y no vinculante de dicha Recopilación, la Ley está lejos de prescribir que se declare al preterido heredero en la misma participación que le hubiera correspondido en concurrencia con todos sus hermanos en la sucesión legítima o intestada, y esta Ley 271, recogida en la Compilación de Derecho civil de Navarra, aprobada por la Ley de 1 de marzo de 1973, que no tiene carácter retroactivo, omite toda referencia a la declaración de heredero del preterido conforme a la Ley, estableciendo que: «La preterición tiene por efecto la nulidad de la institución de heredero, pero deja a salvo las demás disposiciones. Únicamente podrán ejercitar la acción de impugnación el legitimario preterido o sus herederos», sin que tampoco pueda prevalecer el motivo primero, que denuncia la aplicación indebida de la Ley contenida en el capítulo quinto, título cuatro, libro segundo del Fuero General de Navarra, que regula la preterición del póstumo, pues la sentencia recurrida sólo la trae a colación a mayor abundamiento, como uno de los casos en que el Derecho navarro acoge la preterición.

Considerando que en cuanto al otro recurso, formulado por la coactora, doña M. M. I., que propugna la nulidad del testamento de su madre, negada por la sentencia recurrida su legitimación, sobre todo porque mediante escritura de carta de pago de dotación y derechos paternos y maternos, otorgada juntamente con su esposo en 5 de enero de 1940, fue dotada y renunció a cualquier reclamación relativa a derechos paternos, maternos o demás que pudieran corresponderle, renuncia válida con todos sus efectos, que produce la exclusión de la renunciante en la sucesión legal, no habiéndose combatido tal declaración en el recurso, y habiéndose aquietado con la desestimación de las otras causas de nulidad propugnadas en la demanda distintas de la preterición, es indudable que carece de acción, siendo innecesario el examen de su recurso.

COMENTARIO.—La tesis de la recurrente, S. M. I., es que la nieta preterida sucede únicamente en la porción que la hubiera correspondido de haber sido instituidos todos los descendientes más próximos de la testadora por partes iguales, es decir, en la tercera parte de la herencia, pues tuvo tres hijos, porque la Ley del Fuero General de Navarra, contenida en el capítulo 1.º, título XX del libro 3.º, dispone que el hijo legítimo preterido debe tomar su parte íntegramente en los bienes que tendrían los demás hijos legítimos («la creatura de pareylla debe prender la sua suert entegrament en las heredades que avran las creaturas de pareylla»), lo que debe interpretarse en el sentido de que la preterición no origina la nu-

lidad total del testamento, sino sólo la ineficacia de la institución de heredero en la medida necesaria para que la preterida pueda tomar en la herencia una porción igual a la que la hubiera correspondido a su madre de haber sido instituida heredera por partes iguales con los demás hijos de la testadora. Y en el supuesto de que alguno de los hijos hubiera sido instituido ventajosamente, al preterido le correspondería la parte que le hubiera tocado en el *ab intestato*.

En apoyo de su interpretación cita el parecer de VICTORIANO LACARRA (*Instituciones del Derecho civil navarro*, págs. 389-391, en la edición de Editorial Aranzadi) y de JOSÉ ALONSO, en su obra *Recopilación y comentarios de los Fueros y Leyes del antiguo reino de Navarra*, al decir que el preterido tendrá derecho a la misma porción hereditaria que sus hermanos legítimos.

Por su parte, la Ley 271 de la Compilación navarra de 1 de marzo de 1973, que aunque no aplicable al caso debatido pudiera suministrar un criterio orientador, nada aclara, ya que se limita a establecer: «La preterición tiene por efecto la nulidad de la institución de heredero, pero deja a salvo las demás disposiciones. Únicamente podrán ejercitar la acción de impugnación el legitimario preterido o sus herederos.»

NULIDAD DE TESTAMENTO. FALTA DE FIRMA POR EL TESTADOR.
Artículos 687 y 695 del Código civil (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1973).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia—declaratoria de la nulidad del testamento—de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Monforte de Lemos—la cual había desestimado la demanda y resuelto a favor de la validez del testamento—, conforme a las siguientes consideraciones, de las que se desprenden claramente los hechos:

Considerando que el finado, don J. S. G., falleció habiendo otorgado, el 14 de julio de 1969, en la Villa de Chantada, un testamento abierto, en el que se hace constar que el primero de los testigos instrumentales lo firma, «a la vez que por sí, a nombre y ruego del testador, que manifiesta no saber firmar, de lo que doy fe, e imprime en el instrumento la huella de su dedo índice de la mano derecha», y la Sala sentenciadora afirma que tal manifestación es inexacta, porque el testador sabía firmar, como se acredita con las firmas que figuran en los documentos obrantes en autos de cesión de derechos hereditarios de 8 de junio de 1919, poder a Procuradores de fecha 11 de abril de 1947 y disposición testamentaria de 17 de diciembre de 1951.

Considerando que sobre esas bases de hecho, la resolución impugnada declara la nulidad del expresado testamento por falta del requisito esencial de la firma del testador, y frente a ella se alza el presente recurso, cuyos dos únicos motivos se amparan en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el primero de los cuales se denuncia la aplicación indebida del artículo 699 del Código sustantivo, que regula el supuesto de la unidad de acto y dación de fe notarial; pero es lo cierto que ese supuesto nada tiene que ver con el que ha sido objeto de discusión en este pleito, por lo que no cabe la más ligera duda de que la cita que del mencionado precepto legal se hace al final del cuarto considerando de la sentencia recurrida obedece a un puro error material mecanográfico, y que el realmente aplicado ha sido el artículo 687 del mismo Cuerpo

legal, al que expresamente se refieren los considerandos primero y quinto, y así viene a reconocerlo la propia parte recurrente, por lo que se impone desestimar el motivo examinado.

Considerando que según constante y uniforme doctrina jurisprudencial, pudiendo citarse las sentencias de 27 de noviembre de 1915, 1 de diciembre de 1927, 16 de febrero de 1956, 28 de octubre de 1965 y 27 de septiembre de 1968, entre otras muchas, el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a interpretarlos restrictivamente, de suerte que para la validez de los testamentos es absolutamente necesario que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos que exige el Código civil, en acatamiento de lo preceptuado en su artículo 687, que de modo terminante estatuye la nulidad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas.

Considerando que entre esas formalidades, y en relación con el testamento abierto, el artículo 695 del Código civil prescribe que será firmado por el testador, y que si éste declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él, a su ruego, uno de los testigos instrumentales u otra persona, dando fe de ello el Notario, y es evidente, de una parte, que la impresión de la huella dactilar no es la firma a que se refiere el citado precepto legal, y que por tal no cabe entender más que la autorización digo autógrafa, esto es, la escritura de mano de su mismo autor, y, de otra parte, que el criterio de equivalencia entre la firma del testador y su manifestación de no saber o no poder firmar, que propugna el recurrente, no puede ser compartido, antes, por el contrario, si el testador sabe y puede firmar, tiene necesariamente que autorizar el testamento con su firma, por así disponerlo de modo imperativo el párrafo primero del artículo 695, siendo sólo permisible su omisión y sustitución por la firma de uno de los testigos instrumentales o de otra persona cuando concurra alguna de las dos causas que establece el párrafo segundo del mismo precepto legal, por donde, si se acredita, cual aquí acontece, que la manifestación en virtud de la cual firmó el testigo es inexacta, el caso viene a ser equivalente al de un testamento que se encuentra sin firmar del testador, carente, por tanto, de un requisito tan esencial y, en su consecuencia, nulo, en virtud de lo prevenido en el artículo 687 del Código civil; así lo tiene declarado esta Sala, en un caso idéntico al actual, en sentencia de 4 de enero de 1952, y también, aunque incidentalmente, en la de 31 de enero de 1964, por todo lo cual procede rechazar el segundo y último, que acusa la infracción de los dos preceptos legales anteriormente referenciados.

COMENTARIO.—El caso es, como dice la propia sentencia, análogo al resuelto por la de 4 de enero de 1952, por lo que, al igual que en aquélla, parece le son aplicables idénticas consideraciones; de entre ellas, una fundamental: la de que la nulidad del testamento debe predicarse no tanto por carecer de un requisito formal extrínseco—la firma del testador, quien manifestó no saber firmar, cuando lo cierto es que sí sabía—, como por falta de voluntad libre y deliberada de testar, es decir, de tener por suyo el contenido del testamento, requisito este último de fondo e interno, cuya carencia se pone de relieve a través de la afirmación contraria a la realidad hecha por el testador de que no sabía firmar.

F. C. L.